



LUDWIG-
MAXIMILIANS-
UNIVERSITÄT
MÜNCHEN

JURISTISCHE FAKULTÄT

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT,
ZIVILVERFAHRENSRECHT, EUROPÄISCHES PRIVAT-
UND VERFAHRENSRECHT

PROF. DR. BEATE GSELL



LMU · Geschwister-Scholl-Platz 1 · 80539 München

An den Deutschen Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

per E-Mail

Telefon: +49 (0)89 2180-2729
Telefax +49 (0)89 2180-3159
Sekret. +49 (0)89 2180-2794

Beate.Gsell@jura.uni-muenchen.de
www.lmu.de

Sekret.: lsgsell@jura.uni-muenchen.de

Postanschrift:
Geschwister-Scholl-Platz 1
80539 München

05.05.2019

Stellungnahme zum
Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung von Verbrauchern
beim Kauf und Verkauf von Wohnimmobilien
(Makler-Bestellerprinzip- und Preisdeckelgesetz) – BT-Drucksache 19/4557

I. Wesentlicher Inhalt: Bestellerprinzip und Deckelung der Maklerprovision für die Vermittlung von Wohnimmobilien unter Verbraucherbeteiligung

Der Gesetzentwurf sieht für die Tätigkeit von Maklern beim Kauf und Verkauf von Wohnimmobilien unter Verbraucherbeteiligung vor allem zwei Regelungen vor, die jeweils die Vertragsfreiheit und zugleich die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit von Maklern begrenzen: Zum einen soll das sog. Bestellerprinzip eingeführt werden, § 653a Abs. 3 BGB-E, das für die Vermittlung von Mietwohnräumen nach § 2 Abs. 1a des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (nachfolgend: WoVermRG) bereits geltendes Recht ist. Damit soll „der wirtschaftspolitische Grundsatz, dass nur der Besteller einer Dienstleistung diese zu bezahlen hat“¹, verwirklicht werden und „verhindert werden, dass Verbraucher Kosten tragen müssen, die nicht von ihnen veranlasst worden und

¹ Vgl. BT-Drs. 19/4557, S. 9 zu § 653a Abs. 3 BGB-E.

vorrangig im Interesse des anderen Vertragsteils entstanden sind“.² Zum andern soll das zulässige Maklerhonorar auf höchstens 2 % des Kaufpreises³ gedeckelt werden, § 653a Abs. 4 S. 1 BGB-E.

II. Grundsätzliche Rechtfertigung der geplanten Eingriffe in die Vertragsfreiheit

Die mit dem Gesetzentwurf beabsichtigten Eingriffe in die Vertragsfreiheit und insbesondere in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit von Maklern erscheinen grundsätzlich sinnvoll und gerechtfertigt.⁴

1. Legitime Zielsetzung

Der Gesetzentwurf verfolgt das „sozialpolitische[n] Ziel, den Erwerb von (eigengenutzten) Wohnimmobilien zur Altersvorsorge attraktiver zu machen⁵“. Es handelt sich dabei um ein legitimes legislatives Ziel.⁶ Eine Steigerung der Wohneigentumsquote erscheint namentlich erstrebenswert, um dem insbesondere infolge Absenkung des Niveaus der gesetzlichen Rente erwarteten Anstieg der Altersarmut⁷ entgegenzuwirken und dies erst recht vor dem Hintergrund, dass für Verbraucher aufgrund der seit Jahren anhaltenden Niedrigzinsphase kaum alternative ertragreiche Anlageformen für eine sichere Altersvorsorge existieren. Dabei zählt die Wohneigentumsquote in Deutschland zu den niedrigsten in Europa, stagniert diese seit Jahrzehnten und sinkt der Ersterwerb von Wohneigentum jüngst sogar wieder.⁸

2. Bestellerprinzip

Die Einführung des Bestellerprinzips ist zu begrüßen. Auch bestehen keine grundsätzlichen (verfassungs)rechtlichen Bedenken.

² Vgl. BT-Drs. 19/4557, S. 7.

³ Einschließlich gesetzlicher Umsatzsteuer sowie Nebenleistungen jeglicher Art.

⁴ Vgl. aber noch zu gebotenen Modifikationen des persönlichen Anwendungsbereichs, unten III.

⁵ Vgl. BT-Drs. 19/4557, S. 6.

⁶ Fehl geht aus den nachfolgenden Gründen die Annahme von Wichert, ZMR 2019, 1., Wohnungskäufer seien mit sozial schwachen Mietern offensichtlich nicht zu vergleichen.

⁷ S. zur Bedeutung von Wohneigentum als Bestandteil der Altersvorsorge etwa die im Auftrage des „Verbände**b**ündis Wohneigentum“ erstellte Studie des Pestel Instituts „Wirkung der Wohneigentumsförderung und mögliche Beiträge des Wohneigentums zur Alterssicherung, April 2018, abrufbar (am 30.4.2019) unter <https://www.bak.de/w/files/bak/03berufspraxis/bezahlbarer-wohnungsbau/studie-wohneigentum-zur-alterssicherung-pestel-institut-2018.pdf>, S. 6 f., 44.

⁸ Vgl. die in der vorhergehenden Fn. zitierte Studie des Pestel Instituts „Wirkung der Wohneigentumsförderung und mögliche Beiträge des Wohneigentums zur Alterssicherung, April 2018, S. 3 ff., 44; ferner Sagner/Voigtländer, IW-Kurzbericht 34/2018, abrufbar (am 30.4.2019) unter https://www.iwkoeln.de/fileadmin/publikationen/2018/392784/IW-Kurzbericht_34_2018_Ersterwerber.pdf.

a. Weiter legislativer Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum und Schlüssigkeit der zugrundeliegenden Annahmen

Das Bundesverfassungsgericht⁹ hat für die Vermittlung von Mietwohnraum in der Einführung des Bestellerprinzips keinen Verstoß gegen den Schutz der Berufsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG gesehen, sondern einen verfassungsrechtlich gerechtfertigten und insbesondere verhältnismäßigen Eingriff in die freie Berufsausübung der Wohnungsvermittler bejaht und dabei den weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers betont. Die betreffenden Erwägungen lassen sich im Wesentlichen auf die durch den vorliegenden Gesetzesentwurf geregelte Vermittlung beim Kauf und Verkauf von Wohnimmobilien übertragen: Insbesondere ist parallel zur Maklertätigkeit bei der Vermietung von Wohnraum die Annahme hoch plausibel, dass das vor allem in den Ballungszentren knappe Angebot an Wohnimmobilien dazu führt, dass Verkäufer Maklerdienste in ihrem eigenen Interesse in Anspruch nehmen, die dafür entstehenden Kosten aber auf den Erwerber überwälzen¹⁰ und dass eine Preisfindung für die entsprechenden Maklerdienste nach Marktgrundsätzen ausbleibt, weil der Verkäufer an Preisverhandlungen kein Interesse hat und Immobiliensuchende auf das Entgelt keinen Einfluss nehmen können.¹¹ Die Schlüssigkeit dieser Annahmen wird insbesondere durch die regional variierende, aber jeweils offenbar weit verbreitete Übung einer vollständigen oder anteiligen Tragung der Maklerkosten durch den Immobilienerwerber bestätigt, bei der in der jeweiligen Region weitgehend einheitliche Courtagesätze Praxis sind.¹² Es deutet vor diesem Hintergrund schließlich auch nichts auf einen bloß temporären Missstand hin.

b. Derzeitige Praxis für die Käuferseite nicht interessengerecht

Die weit verbreitete Praxis einer von Verkäuferseite veranlassten Doppelbeauftragung des Wohnimmobilienmaklers mit hälftiger Teilung des Honorars oder gar vollständiger Überwälzung der Maklerkosten ist für Käufer im Regelfall kaum interessengerecht.

Meist handelt es sich beim Kauf einer Wohnimmobilie um eine Entscheidung, die nur einmal im Leben getroffen wird mit weitreichenden – vor allem finanziellen – Folgen.

⁹ Vgl. BVerfGE, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 1015, 15, zit. nach juris Rn. 67.

¹⁰ Vgl. BVerfGE, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 1015, 15, zit. nach juris Rn. 68.

¹¹ Vgl. zu den parallelen legislativen und vom BVerfG gebilligten Erwägungen im Zusammenhang mit der Wohnungsvermittlung BVerfGE, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 1015, 15, zit. nach juris Rn. 67.

¹² Vgl. dazu nur Darstellungen aus der Makler- und Maklervermittlungsbranche selbst, so beispielsweise unter <https://www.makler-vergleich.de/immobilien-verkauf/hausverkauf/hausverkauf-privat-oder-makler/durch-makler/maklerprovision-verkauf.html> sowie unter <https://www.realbest.de/immobilienverkauf/maklerprovision/#1>, abrufbar jeweils am 30.4.2019.

Wo ein Käufer sich dafür entscheidet, gegen erhebliches Honorar die Vermittlungsdienste eines Maklers in Anspruch zu nehmen, liegt es deshalb – ähnlich wie etwa bei der Beauftragung eines Rechtsanwaltes in Rechtsangelegenheiten¹³ – im wohlverstandenen objektiven Interesse jedenfalls eines rechtsunkundigen und vielleicht auch wirtschaftlich unerfahrenen Verbraucher-Käufers, dass dieser Makler klar „in seinem Lager“ steht und keine widerstreitenden Interessen wahrnimmt.¹⁴ Der für beide Parteien agierende Makler ist hingegen zur Unparteilichkeit verpflichtet und darf sich insbesondere nur ganz begrenzt für den Käufer in Preisverhandlungen einbringen.¹⁵

Dabei ist der teilweise geäußerten Befürchtung zu widersprechen, dass die Käuferposition infolge des Bestellerprinzips künftig geschwächt und Käufer in vermehrter Zahl Fehlentscheidungen beim Kauf von Wohnimmobilien treffen oder gar häufiger sachmängelbehafteten Wohnraum erwerben würden.¹⁶ Dies ist schon deshalb unplausibel, weil es dem Käufer unter der Geltung des Bestellerprinzips gerade unbenommen bleibt, seinen „eigenen“ Makler zu beauftragen, der dann aber auch ausschließlich in seinem Interesse tätig wird, denn § 653a Abs. 1 S. 2 BGB-E verbietet eine Doppeltätigkeit.¹⁷

In vielen Fällen wird der Käufer aber mit Grund keinen eigenen Makler beauftragen wollen, weil er die Eignung der vom verkäuferseitig eingesetzten Makler angebotenen Immobilie für seine Zwecke – jedenfalls in groben Zügen – selbst einschätzen kann. Dann sollte er aber auch kein Maklerhonorar bezahlen müssen. Hier gilt es im Übrigen daran zu erinnern: Makler agieren bei der Vermittlung von Kaufverträgen weder als Finanz- noch als Bausachverständige. Wesentlichen Risiken des Immobilienerwerbs wie insbesondere denjenigen, mit versteckten Mängeln konfrontiert zu werden, zu

¹³ Vgl. nur zum Verbot von Rechtsanwältinnen, widerstreitende Interessen wahrzunehmen, § 43a Abs. 4 BRAO.

¹⁴ S. zu einer problematischen Interesenkollision etwa BGH NJW 1970, 1075, zit. nach juris Leitsatz und Rn. 19, wonach der Makler, der für den Verkäufer als Vermittlungsmakler und für den Käufer als Nachweismakler tätig ist, dem Käufer, der von der Vermittlungstätigkeit für den Verkäufer weiß, nicht mitteilen muss, dass er sich dem Verkäufer den über einen bestimmten Kaufpreis hinaus erzielten Übererlös als Provision hat versprechen lassen; kritikwürdig auch die ständige Rspr., vgl. BGH NJW-RR 2003, 991, zit. nach juris Rn. 4 m.w.Nachw., wonach es auch ohne Gestattung und selbst dann, wenn dem Maklerkunden die Doppeltätigkeit des Maklers unbekannt gewesen war, zulässig sein soll, dass der Makler für beide Teile als Nachweismakler oder für den einen als Vermittlungs- und für den anderen als Nachweismakler tätig geworden ist.

¹⁵ S. dazu nur näher Staudinger/Arnold, 2016, § 654 BGB Rn. 8 f. m.w. Nachw.

¹⁶ Vgl. etwa Punkt 4 der von Fehlhaber Immobilien auf ihrer http://www.immobiliien-fehlhaber.de/aktuelles/single/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=53&cHash=da6f985c186e3fac5b94d0520b465807 Website veröffentlichten „5 Argumente gegen das Bestellerprinzip beim Immobilienkauf“, abrufbar (am 30.4.2019) unter http://www.immobiliien-fehlhaber.de/aktuelles/single/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=53&cHash=da6f985c186e3fac5b94d0520b465807

¹⁷ Dazu noch unter c.

teuer zu kaufen oder sich mit dem Kauf finanziell zu übernehmen, muss der Käufer deshalb ohnehin unabhängig vom Einsatz eines Maklers ggf. durch die Einholung von Gutachten geeigneter Sachverständiger begegnen und entsprechende Dienstleistungen werden auch am Markt angeboten.¹⁸

So entspricht es namentlich höchstrichterlicher Rechtsprechung¹⁹, dass ein Immobilienmakler Informationen, die er von dem Veräußerer erhalten hat, auch im Rahmen einer Doppelbeauftragung für beide Seiten grundsätzlich ungeprüft weitergeben darf. Er darf lediglich keine solchen Angaben der Verkäuferseite in sein Exposé aufnehmen, die „nach den in seinem Berufsstand vorauszusetzenden Kenntnissen ersichtlich als unrichtig, nicht plausibel oder sonst als bedenklich einzustufen sind“²⁰. Jenseits davon schuldet der Makler jedoch seinem Auftraggeber grundsätzlich keine Ermittlungen, sondern darf er im Allgemeinen auf die Richtigkeit der Angaben des Verkäufers vertrauen. Dementsprechend wird in Maklerexposés regelmäßig klargestellt, dass der Makler nur die Angaben der Verkäuferseite weitergibt, selbst aber nicht für deren Richtigkeit einstehen möchte. M.a.W.: Der Käufer kann vom Makler schon derzeit nicht erwarten, dass er ihm eine detaillierte Zustandsbeschreibung der jeweiligen Immobilie liefert oder gar versteckte Sachmängel aufspürt. Durch das Bestellerprinzip würde sich daran nichts ändern.

c. Verhältnismäßigkeit der Regulierung

Das Bestellerprinzip erscheint – erneut parallel zu den Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts²¹ im Zusammenhang der Vermittlung von Mietwohnraum – auch in Bezug auf die Maklertätigkeit beim Verkauf und Kauf von Wohnimmobilien eine geeignete Maßnahme zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels einer Vermeidung einer Belastung von Immobiliensuchenden mit nicht veranlassten Maklerkosten. Allerdings wird geltend gemacht, dass Käufer selbst dann, wenn sie nach dem Bestellerprinzip vor der Zahlung der Maklerprovision bewahrt würden, diese im wirtschaftlichen Ergebnis gleichwohl zu tragen hätten, weil zu erwarten sei, dass Verkäufer die nunmehr von ihnen selbst zu entrichtende Maklerprovision verdeckt auf

¹⁸ Insbesondere gibt es Anbieter wie etwa TÜV, DEKRA u.a., die auf der Grundlage einer sachverständigen Besichtigung und Dokumentation des Zustandes der Wohnimmobilie ein Wertgutachten erstellen und dabei also – anders als üblicherweise Makler – nicht lediglich Angaben des Verkäufers ungeprüft übernehmen, vgl. nur (abrufbar am 4.4.2019) unter <https://www.tuev-sued.de/anlagen-bau-industrietechnik/branchenloesungen/immobilienbewertung> und unter <https://www.dekra.de/de/haus-und-wohnung/>.

¹⁹ S. näher BGH NJW-RR 2007, 711 Rn. 13 m.w.Nachw.

²⁰ S. den Nachw. in der vorhergehenden Fußnote.

²¹ Vgl. BVerfGE, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 1015, 15, zit. nach juris Rn. 69.

den Kaufpreis aufschlagen würden, was dann sogar zu einem Ansteigen der Grunderwerbsteuer und der Notargebühren und damit zu einer Verteuerung von Wohnimmobilien führen würde.²² Auch wenn eine solche Entwicklung nicht schlechthin auszuschließen ist, so ist doch näherliegend, dass Veräußerer einerseits künftig schlicht sorgfältiger prüfen werden, ob der Einsatz von Maklern wirklich erforderlich ist und andererseits, sofern sie Maklerdienste weiterhin in Anspruch nehmen, in Verhandlungen um eine Senkung der Honorare treten werden, so dass ein echter Wettbewerb um die Höhe von Maklerprovisionen entstehen könnte.²³ Denn das Bestellerprinzip schafft jedenfalls insofern ein Eigeninteresse des Verkäufers an einer niedrigen Provision, als er mit dieser erst einmal in Vorlage treten muss und nicht stets ex ante gewiss erscheinen wird, ob ein entsprechend höherer Kaufpreis erzielbar sein wird. Parallel zu dieser Einschätzung kommt eine empirische Studie zu dem Schluss, dass die Einführung des Bestellerprinzips bei der Vermittlung des Abschlusses von Mietverträgen über Wohnraum tatsächlich nicht zu einer Verteuerung durch Makler vermittelter Mietwohnungen geführt hat.²⁴

Die Einführung des Bestellerprinzips ist außerdem grundsätzlich erforderlich, da keine mildere, ähnlich effektive Maßnahme ersichtlich ist, um im Kontext des Eigentumserwerbs an Wohnimmobilien eine Überwälzung von Maklerkosten zu verhindern. Die Erforderlichkeit des Bestellerprinzips zur Senkung von Wohnimmobiliärerwerbskosten wird insbesondere weder dadurch beeinträchtigt, dass sich der Erwerb von Wohnungen auch durch die Senkung anderer Nebenkosten wie namentlich der Grunderwerbsteuer erleichtern ließe²⁵ noch dadurch, dass der Gesetzgeber alternativ eine Teilung der Maklerprovision zwischen Verkäufer und Käufer²⁶, wie sie bereits in vielen Regionen üblich ist²⁷, vorsehen könnte. Denn eine Senkung anderer Nebenkosten könnte keine Abhilfe dagegen schaffen, dass

²² Vgl. nur Wichert, ZMR 2019, 1, 2; ferner etwa Punkt 1 der von Fehlhaber Immobilien auf ihrer http://www.immobiliien-fehlhaber.de/aktuelles/single/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=53&cHash=da6f985c186e3fac5b94d0520b465807 Website veröffentlichten „5 Argumente gegen das Bestellerprinzip beim Immobilienkauf“, abrufbar (am 30.4.2019) unter http://www.immobiliien-fehlhaber.de/aktuelles/single/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=53&cHash=da6f985c186e3fac5b94d0520b465807.

²³ In diesem Sinne auch zur Vermittlung von Mietwohnraum BVerfGE, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 1015, 15, zit. nach juris Rn. 70.

²⁴ Vgl. Berger/Schmidt, Unburden Renters by Making Landlords Pay the Commission? Evaluating a Policy Reform in Germany. Discussion paper number 1716, 2017, GSME Discussion Paper Series, passim; abrufbar (am 30.4.2019) unter https://download.uni-mainz.de/RePEc/pdf/Discussion_Paper_1716.pdf.

²⁵ So aber Punkt 2 der in Fn. 22 zitierten „5 Argumente gegen das Bestellerprinzip beim Immobilienkauf“.

²⁶ Dafür etwa Wichert, ZMR 2019, 1, 2; so auch der Kompromissvorschlag i.R.d. in Fn. 22 zitierten „5 Argumente gegen das Bestellerprinzip beim Immobilienkauf“.

²⁷ Vgl. die Nachw. in Fn. 12.

Verbraucher auch weiterhin im Wege der Überwälzung von Maklerkosten mit Kosten belastet werden, die sie nicht veranlasst haben, und eine Teilung des Maklerhonorars würde eine solche unangemessene Überwälzung immer noch im Umfang der halben Provisionsforderung ermöglichen und damit in ihrer Wirkung hinter der geplanten Einführung des Bestellerprinzips zurückbleiben.²⁸

Schließlich erscheint das Bestellerprinzip auch grundsätzlich²⁹ verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Maklertätigkeit bleibt mit Blick auf Gewerbeimmobilien sowie b2b-Veräußerungen von Immobilien gänzlich unangetastet und auch bei der Vermittlung von Verkäufen und Käufen von Wohnimmobilien bleibt eine Vermittlung zulässig und praktikabel, sofern nur eben keine Überwälzung von Provisionen erfolgt. Dass dabei außerdem eine Doppeltätigkeit verboten wird (§ 653a Abs. 1 S. 2 BGB-E), sichert das Bestellerprinzip effektiv ab, da es andernfalls insbesondere in der typischen Situation einer Erstbeauftragung des Maklers durch die Verkäuferseite unschwer möglich wäre, nur diejenigen Kaufinteressenten in die engere Wahl zu ziehen, die sich auf einen eigenen Maklervertrag einlassen würden mit der Folge, dass weiterhin Erwerber Maklerkosten zu tragen hätten, obwohl die Tätigkeit des Maklers durch den Veräußererseite initiiert wurde.³⁰

3. Deckelung der Maklerprovision

Gegen die geplante Deckelung der Maklerprovision auf 2% des Kaufpreises bestehen im Grundsatz³¹ ebenfalls keine Einwände. Unter der – wie ausgeführt³² – schlüssigen Prämisse, dass hinsichtlich der Höhe von Maklerprovisionen für die Vermittlung von Wohnimmobilien echte Verhandlungen über die Höhe häufig nicht stattfinden, mithin insofern ein echter Preiswettbewerb fehlt und also ein Marktversagen zu beklagen ist, erscheint eine gesetzliche Regulierung der zulässigen Provisionshöhe legitim. Auch insofern kann auf das Vorbild der Vermittlung des Abschlusses von Mietverträgen über Wohnraum verwiesen werden, wo eine entsprechende gesetzliche Deckelung bereits existiert.³³

²⁸ Vgl. zu Letzterem auch die parallele Argumentation des BVerfG in Bezug auf Vorschläge, statt des Bestellerprinzips bei der Vermittlung des Abschlusses von Mietverträgen über Wohnraum eine hälftige Teilung der Maklerprovision vorzusehen, BVerfGE, Beschl. v. 29.6.2016 – 1 BvR 1015, 15, zit. nach juris Rn. 73; s. ferner zu Bedenken gegen die Doppeltätigkeit wegen drohender Interessenkollision oben unter II.2.b.

²⁹ Vgl. aber sogleich noch unter III. die Bedenken gegen den persönlichen Anwendungsbereich der geplanten Regulierung.

³⁰ Vgl. dazu bereits oben unter II.2.b.

³¹ S. aber auch dazu noch einschränkend unter III.

³² S. vorstehend unter 1. vor und mit Fn. 11.

³³ S. § 3 Abs. 2 WoVermRG.

Auch erscheint die konkret geplante Höchstgrenze von 2% des Kaufpreises grundsätzlich angemessen und die Preisregulierung damit verhältnismäßig. Zugrunde liegt die Einschätzung, dass die heute üblichen Entgelte „außer Verhältnis zu der erbrachten Leistung“ des Maklers stünden, weil es sich bei der Vermittlung von Wohnimmobilien anders als früher „weitgehend um eine durch das Internet vereinfachte und standardisierte Dienstleistung einfacher Art“ handle.³⁴ Tatsächlich lässt sich kaum bestreiten, dass der Aufwand für die Vermittlung von Immobilien mit der Entstehung von Internetportalen massiv gesunken ist, man erinnere sich nur daran, wie teuer es früher war, Wohnungsannoncen in regionalen oder gar überregionalen Zeitungen aufzugeben. Zum andern ist zu bedenken, dass die vor allem in angespannten Wohnmärkten in den letzten Jahren massive Verteuerung von Wohnimmobilien³⁵ aufgrund der üblichen Festlegung der Provisionshöhe als Quote des Kaufpreises zu ganz erheblichen Provisionssteigerungen führt, ohne dass ersichtlich ist, dass dem ein paralleler Mehraufwand bei der Vermittlung gegenüberstünde.³⁶

III. Vorschläge für Modifikationen des persönlichen Anwendungsbereiches des Schutzregimes

Sind damit also die geplanten Maßnahmen bezüglich der Vermittlung von Verträgen über den Verkauf und Kauf von Immobilien im Grundsatz zu begrüßen, so bestehen doch Bedenken gegen den geplanten persönlichen Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Regelungen.

1. Beschränkung des Schutzes auf die Käuferseite vorzugswürdig

Soweit der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzentwurfes nach § 653a Abs. 7 BGB-E reicht, also der Makler als Unternehmer agiert und „Käufer oder Verkäufer Verbraucher sind“, werden auch Veräußerer von Immobilien geschützt. Es ist jedoch fraglich, ob ein solcher Schutz sachlich angemessen ist. Dies gilt insbesondere für die nach § 653a Abs. 4 S. 1 BGB-E beabsichtigte Deckelung der Maklerprovision. Wohnimmobilien sind vor allem in den Ballungszentren ein knappes und begehrtes Gut. Anbieter solcher Immobilien verfügen deshalb typischerweise anders als Nachfrager durchaus über Verhandlungsmacht. Es spricht deshalb viel dafür, dass

³⁴ Vgl. BT-Drs. 19/4557, S. 10 zu § 653a Abs. 4 BGB-E.

³⁵ So lagen etwa nach der Pressemitteilung Nr. 136 des Statistischen Bundesamtes vom 5.4.2019, abrufbar (am 1.5.2019) unter https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/04/PD19_136_61261.html die Preise in für den Neubau konventionell gefertigter Wohngebäude in Deutschland im Februar 2019 um 4,8 % höher als im Vorjahresmonat.

³⁶ Vgl. aber zum persönlichen Anwendungsbereich sogleich noch unter III.

Veräußerer, wenn sie durch das Bestellerprinzips künftig daran gehindert werden, von ihnen selbst veranlasste Maklerprovisionen auf die Erwerberseite überzuwälzen, von dieser Verhandlungsmacht Gebrauch machen und eine Senkung der Maklerprovisionen am Markt durchsetzen werden.³⁷ Während also ein Schutz von Kaufinteressenten von Wohnimmobilien gegen nicht eigenveranlasste sowie gegen überhöhte Maklerprovisionen geboten erscheint, kann ein entsprechendes Schutzbedürfnis in Bezug auf Anbieter solcher Immobilien nicht, jedenfalls nicht allgemein oder auch nur typischerweise, konstatiert werden. Selbst dann, wenn es zur Veräußerung einer Wohnimmobilie beispielsweise deshalb kommt, weil ein Verbraucher sich gezwungen sieht, in eine Wohnung des Betreuten Wohnens oder ein Seniorenheim umzuziehen und dafür Finanzmittel benötigt, ist die Situation des Wohnungsanbieters nicht mit derjenigen von Kaufinteressenten zu vergleichen, sondern profitiert der Anbieter jedenfalls auf angespannten Wohnmärkten von dem Angebotsmangel. In Übereinstimmung mit dieser Einschätzung behält das WoVermRG wesentliche Schutzmechanismen allein Wohnungssuchenden vor.³⁸ Parallel dazu sollte auch der vorliegende Gesetzentwurf angepasst und in seiner Schutzrichtung auf Kaufinteressenten beschränkt werden.³⁹

Speziell in Bezug auf die Deckelung der Maklerprovision im Verhältnis zum Veräußerer ist im Übrigen zu bedenken, dass es auch Regionen in Deutschland gibt, die aufgrund sinkender Einwohnerzahl von Leerstand und fallenden Wohnimmobilienpreisen betroffen sind.⁴⁰ Dort mag die Lage u.U. so sein, dass Makler einen erheblich überdurchschnittlichen Aufwand erbringen müssen, um einen Kaufinteressenten aufzutun, mit dem es dann tatsächlich zu einem Vertragsschluss kommt. Zugleich mögen in schrumpfenden Regionen unterdurchschnittlich niedrige Immobilienpreise womöglich dafür sorgen, dass eine Deckelung der Provisionsansprüche in Höhe von 2% des Kaufpreises keine angemessene Vergütung des Aufwandes von Maklern bei der Käufersuche mehr erlauben. Um diesen Befürchtungen insoweit regional unangemessener Eingriffe in die Vertrags- und Berufsausübungsfreiheit Rechnung zu tragen, sollte der Entwurf, sofern nicht die

³⁷ S. dazu schon oben unter II.2.

³⁸ Vgl. vor allem § 2 Abs.1a, Abs. 3, Abs. 5 Nr. 2 WoVermRG, § 3 Abs. 2 WoVermRG, § 4a WoVermRG.

³⁹ Gegen eine Deckelung der Maklerprovision im Verhältnis zwischen Veräußerer und Makler auch Wichert, ZMR 2019, 1, 2.

⁴⁰ Vgl. zur regional unterschiedlichen Bevölkerungsentwicklung in Deutschland einschließlich der Binnenwanderung etwa Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung Halle (IWH) (Hrsg.): Vereintes Land – drei Jahrzehnte nach dem Mauerfall.Halle (Saale) 2019, S. 49 ff. abrufbar (am 2.5.2019) unter https://www.iwh-halle.de/fileadmin/user_upload/publications/sonstint/2019_iwh_vereintes-land_de.pdf

Anwendung ohnehin – wie vorstehend empfohlen – auf einen Schutz der Erwerberseite beschränkt wird, mindestens um eine Öffnungsklausel ergänzt werden, durch welche die Bundesländer ermächtigt werden, im Wege der Rechtsverordnung entsprechende Regionen von der vorgeschlagenen gesetzlichen Deckelung der Maklerprovision auszunehmen.

2. Vermeidung von Reflexwirkungen zugunsten von Unternehmern

Dass in § 653a Abs. 7 BGB-E über die Unternehmereigenschaft des Maklers hinaus lediglich gefordert wird, dass „Käufer oder Verkäufer Verbraucher sind“, führt aber auch in anderer Hinsicht zu einem fragwürdigen persönlichen Anwendungsbereich. Denn damit gelangen auch Unternehmer als Kaufvertragsparteien in den Genuss des Verbraucherschutzregimes, sofern nur auf der anderen Seite des Kaufvertrages ein Verbraucher steht. So ist also insbesondere nach § 653a Abs. 7 i.V.m. Abs. 3 BGB-E auch der Unternehmer-Käufer nur dann provisionspflichtig, wenn er den Makler beauftragt hat⁴¹, ferner kann auch vom Unternehmer-Käufer nach § 653a Abs. 7 i.V.m. Abs. 2 S. 3 BGB-E kein Vorschuss verlangt werden und ist auch ihm gegenüber die Maklerprovision nach § 653a Abs. 7 i.V.m. Abs. 4 S. 1 BGB-E gedeckelt usw., alles aber jeweils nur, wenn auf der anderen Seite des Kaufgeschäfts ein Verbraucher steht, während die Schutzregelungen dann, wenn auch die andere Vertragsseite Unternehmer ist, nicht anwendbar sind.

Derartige Reflexwirkungen zugunsten von Unternehmern sollten nach Möglichkeit vermieden werden. Denn zum einen wird zu Beginn der Maklertätigkeit für einen Unternehmer u.U. noch gar nicht feststehen, ob auf der anderen Seite des Kaufvertrages ein Verbraucher stehen wird, so dass Rechtsunsicherheit entsteht, weil sich ex ante nicht zuverlässig sagen lässt, ob das geplante Schutzregime anwendbar ist.⁴² Vor allem aber ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum es für die Schutzbedürftigkeit von Unternehmern einen Unterschied machen soll, ob sie einen Kaufvertrag mit Verbrauchern schließen oder b2b-Verträge.

⁴¹ Darüber hinaus käme bei einer Verbraucherbeteiligung auf Käuferseite sogar der Unternehmer-Verkäufer in den Genuss des Schutzregimes und wäre damit insbesondere auch ihm gegenüber die Maklerprovision nach § 653a Abs. 4 BGB-E gedeckelt. Es wurde bereits unter 1. dargelegt, dass ein Schutz des Veräußerers von Wohnimmobilien nicht im gleichen Maße geboten ist wie ein solcher von Erwerbsinteressenten. Dies gilt erst recht, wenn es sich beim Veräußerer nicht um einen Verbraucher, sondern um einen Unternehmer handelt.

⁴² Besonders handgreiflich ist diese Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Verbotes, einen Vorschuss nach § 653a Abs. 2 S. 3 BGB-E zu verlangen.

3. Anknüpfung allein an den Wohncharakter der Immobilie vorzugswürdig

Für eine Modifikation des Gesetzentwurfes zur Beseitigung der beschriebenen Reflexwirkungen stehen zwei Möglichkeiten zur Wahl: Entweder es werden lediglich Verbraucher als Adressaten geschützt oder aber es wird der Schutz allein an den Wohncharakter der angebotenen Immobilie angeknüpft. Die letztgenannte Möglichkeit entspricht dem Konzept des WoVermRG zur Vermittlung des Abschlusses von Mietverträgen über Wohnraum.⁴³

Und in der Tat kann man auch für die Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnimmobilien bezweifeln, dass es zur Erreichung des beabsichtigten effektiven Schutzes von Verbrauchern beim Erwerb zur Eigennutzung oder zur Altersvorsorge zweckmäßig ist, über den Wohncharakter der jeweiligen Immobilie nach § 653a Abs. 1 BGB-E hinaus eine Verbraucherbeteiligung als Voraussetzung für das Eingreifen des geplanten Schutzregimes zu fordern. Ein Verzicht auf eine Verbraucherbeteiligung am Kaufvertrag hätte nicht nur den Vorteil der einfacheren Rechtsanwendung für sich. Vielmehr drohen überdies womöglich Fehlanreize in Richtung einer Begünstigung der Konzentration von Wohnimmobilien in der Hand von Unternehmen, wenn die bislang im Maklergeschäft üblichen Geschäftsmodelle einer – zumindest anteiligen – Provisionstragung durch den Käufer bei Verkäufen an Verbraucher unzulässig sind, bei b2b-Veräußerungen aber zulässig bleiben. Denn es liegt durchaus nahe, dass die Maklerbranche in Reaktion auf eine solche Beschränkung der Vertragsfreiheit versuchen wird, ihre Nachweis- und Vermittlungstätigkeit auf b2b-Verkäufe zu fokussieren und die entsprechenden Wohnungen Verbrauchern womöglich gar nicht mehr anbieten wird. Gerade in angespannten Immobilienmärkten mag es für Unternehmen lohnend erscheinen, auch einzelne Wohnimmobilien zu spekulativen Zwecken anzukaufen, in der Erwartung einer deutlichen Wertsteigerung geraume Zeit zu halten und dann in Eigenregie zu veräußern. Eine Regulierung des Maklerrechts, die Verbraucher als Kaufinteressenten für Makler weniger attraktiv macht als Unternehmen, erscheint deshalb problematisch. Vor diesem Hintergrund erscheint es bedenkenswert, die Anwendbarkeit der geplanten Regelungen allein vom Wohncharakter der betreffenden Immobilie nach § 653a Abs. 1 BGB-E abhängig zu machen, unabhängig davon, wer kauft.⁴⁴

⁴³ Vgl. § 1 WoVermRG.

⁴⁴ Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass eine solche einheitliche Regelung den Erwerb von Immobilien auch für Unternehmer verbilligen würde.

IV. Weitere inhaltliche und redaktionelle Anregungen

1. Bessere Absicherung des Bestellerprinzips gegen Umgehungen

Die Regelung in § 653a Abs. 6 Nr. 2 BGB-E soll ausweislich der Begründung des Entwurfes dazu dienen, „jeglicher Abrede, die den Vorgaben des § 653a BGB-E entgegensteht, entgegenzuwirken“⁴⁵. Sie ist jedoch zur Vermeidung einer Überwälzung von Maklerkosten auf die andere Vertragsseite redaktionell missglückt und in ihrer jetzigen Form kaum sinnvoll. Anstelle des „Bestellers“ müsste sie vielmehr den Käufer der Wohnimmobilie adressieren, der eben typischerweise selbst gerade keine Maklerleistung bestellt hat, auf den aber gleichwohl die Bezahlung der Maklerprovision übergewälzt werden soll, und anstelle der Unwirksamkeit einer Vereinbarung, die zur Zahlung eines „vom Mäkler oder einem Dritten“ geschuldeten Vermittlungsentgelts verpflichtet, sollte die Unwirksamkeit der Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung des „vom Besteller oder einem Dritten“, also typischerweise des vom Verkäufer geschuldeten Vermittlungsentgelts, angeordnet werden. Damit würde eine Regelung parallel zu § 2 Abs. 5 Nr. 2 WoVermRG⁴⁶ erreicht des Inhalts, dass die Kaufvertragspartei, die den Makler nicht beauftragt hat, nicht wirksam verpflichtet werden kann, ein vom Besteller oder einem Dritten geschuldetes Vermittlungsentgelt zu zahlen.

Auch durch eine Flankierung durch § 653a Abs. 6 Nr. 2 BGB-E in dieser neuen Fassung wäre das Bestellerprinzip nach § 653a Abs. 3 BGB-E aber wohl dennoch nur unzureichend gegen Umgehungen abgesichert. Denn wenn einerseits Veräußerer und Makler in Kenntnis der Rechtslage lediglich „informelle Abreden“ treffen und dabei bewusst auf den Abschluss eines Maklervertrages verzichten, andererseits aber der Makler nur solche Erwerbsinteressenten mit Verkaufsinformationen versorgen würde, die sich ihrerseits auf einen Maklervertrag einließen, wäre der Makler formal nach § 653a Abs. 3 BGB-E berechtigt, vom Erwerber das Maklerhonorar zu verlangen, weil er mit diesem einen Maklervertrag geschlossen hat und läge auch kein Verstoß gegen das Doppelmaklerverbot des 653a Abs. 1 S. 2 BGB-E vor, obwohl faktisch die Initiative für das Tätigwerden des Maklers sehr wohl vom Verkäufer ausging. M.a.W.:

⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 19/4557, S. 10.

⁴⁶ Diese lautet:

„(5) Eine Vereinbarung ist unwirksam, wenn

1. [...] oder

2. durch sie der Wohnungssuchende verpflichtet wird, ein vom Vermieter oder einem Dritten geschuldetes Vermittlungsentgelt zu zahlen.“

Makler und Veräußerer könnten sich selbst dann, wenn es faktisch der Verkäufer war, der mit seinem Veräußerungsinteresse an den Makler herangetreten ist, schlicht darauf verständigen, dass zwischen ihnen kein Maklervertrag zustandekommt, sondern der Makler nur für den Erwerber tätig werden solle. Um eine solche Umgehung des Bestellerprinzips zu verhindern, empfiehlt es sich, dieses in § 653a Abs. 3 BGB-E um eine Ausschließlichkeitsklausel nach dem Vorbild von § 2 Abs. 1a des WoVermRG⁴⁷ zu erweitern, die nicht erst an den Vertragsschluss zwischen Wohnungsanbieter und Makler als Ausschlussbestand für eine Provisionspflichtigkeit des Wohnungssuchenden anknüpft, sondern bereits an die rein faktische, nicht ausschließlich auf der Grundlage eines Maklervertrages mit dem Wohnungssuchenden erfolgende Einholung des Einverständnisses des Anbieters durch den Makler, die Wohnung anbieten zu dürfen. Auf diese Weise wird eine Aushebelung des Bestellerprinzips insbesondere durch eine ohne Maklervertrag mit dem Veräußerer erfolgende Vermittlungstätigkeit durch den Makler auf dessen Initiative – aber unter Abschluss eines Maklervertrags allein mit Kaufinteressenten – unterbunden. § 653a Abs. 3 BGB-E sollte dementsprechend besser wie folgt o.ä. lauten: „Der Makler darf vom Kaufinteressenten für die Tätigkeit nach Absatz 1 kein Entgelt fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, es sei denn, der Makler holt ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Kaufinteressenten vom Verkäufer oder von einem anderen Berechtigten den Auftrag ein, die Wohnimmobilie anzubieten.“⁴⁸

2. Erweiterung des Rückforderungsausschlusses

In § 653a Abs. 5 S. 1 BGB-E wird für den Fall einer Rückforderung nicht geschuldeter Zahlungen an den Makler allein der Kondiktionsausschluss des § 817 S. 2 BGB für unanwendbar erklärt. Es sollte darüber hinaus auch die Anwendung von § 814 BGB ausgeschlossen werden. Denn es ist beispielsweise durchaus vorstellbar, dass sich der Verbraucher-Kaufinteressent faktisch gezwungen sieht, einen nach § 653a Abs. 2 S. 3

⁴⁷ Die Regelung lautet: „(1a) Der Wohnungsvermittler darf vom Wohnungssuchenden für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume kein Entgelt fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, es sei denn, der Wohnungsvermittler holt ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Wohnungssuchenden vom Vermieter oder von einem anderen Berechtigten den Auftrag ein, die Wohnung anzubieten (§ 6 Absatz 1).“

⁴⁸ Sollte es hingegen bei der bisherigen Formulierung bleiben, sollte zumindest für Verstöße gegen das dann nach § 653a Abs. 1 S. 2 BGB-E eingreifende Verbot der Doppelmaklertätigkeit über die in § 653a Abs. 6 Nr. 1 BGB-E vorgesehene Unwirksamkeit der betreffenden Vereinbarung hinaus zur effektiven Absicherung des Verbotes klargestellt werden, dass ein Verlust des Maklerlohnanspruchs eintritt, wie ihn § 654 BGB anordnet und zwar sollte ein solcher Verlust aus Präventionsgründen gegenüber beiden Parteien des Kaufvertrags eingreifen. Die unmittelbare Anwendbarkeit von § 654 BGB könnte in Zweifel gezogen werden, weil sich die Unzulässigkeit der Doppelmaklertätigkeit nicht aus dem jeweiligen Maklervertrag, sondern aus dem Gesetz ergäbe.

BGB-E unzulässigen und von ihm als Nichtbesteller nach Abs. 3 ohnehin nicht geschuldeten Vorschuss in Kenntnis dieser Rechtslage an den Makler zahlt, nur um in einem angespannten Markt als Erwerbsinteressent zum Zuge zu kommen.⁴⁹

3. Erfolgsabhängigkeit des Maklerhonorars

§ 653a Abs. 2 S. 1 BGB-E erscheint entbehrlich, da schon allgemein in § 652 S. 1 BGB angeordnet wird, dass der Lohnanspruch des Maklers vom Abschluss des nachgewiesenen oder vermittelten Vertrags abhängt.

4. Deckelung des Maklerlohns auch für Nachweistätigkeit

In § 653a Abs. 4 S. 1 BGB-E fehlt eine Deckelung des Entgelts für den bloßen Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrages. Es ist vielmehr nur die „Vermittlung“ genannt. Die Regelung sollte entsprechend ergänzt werden; es handelt sich wohl nur um ein Redaktionsversehen.

V. Wesentliche Ergebnisse

1. Auch in Bezug auf die Vermittlungstätigkeit beim Verkauf und Kauf von Wohnimmobilien erscheinen sowohl das Bestellerprinzip als auch die Deckelung von Maklerhonoraren als gesetzliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit und die Berufsausübungsfreiheit von Maklern grundsätzlich sinnvoll und gerechtfertigt.

2. Es sollte jedoch der persönliche Anwendungsbereich des geplanten Schutzregimes auf den Schutz der Käuferseite beschränkt werden, weil nur Käufern, nicht aber Verkäufern von Wohnimmobilien typischerweise die Marktmacht fehlt, autonom über eine provisionspflichtige Maklertätigkeit zu entscheiden und auf die Höhe des Honorars Einfluss zu nehmen.

3. Zur Vermeidung einer Schlechterstellung von Verbraucherkäufern gegenüber Unternehmerkäufern sollte erwogen werden, die Anwendung des geplanten Schutzregimes nicht an die Verbrauchereigenschaft anzuknüpfen, sondern lediglich an den Wohncharakter der Kaufimmobilie. Zugleich würden dadurch selektiv-begünstigende Reflexwirkungen zugunsten allein solcher Unternehmen vermieden, die einen Kaufvertrag mit einem Verbraucher schließen.

⁴⁹ Vgl. etwa auch die entsprechende Absicherung der Rückforderung von Überzahlungen im Zusammenhang mit der Mietpreisbremse, wo nach § 556g Abs. 1 S. 4 BGB ebenfalls nicht nur die Anwendung von § 817 S. 2 BGB, sondern auch von § 814 BGB ausgeschlossen wird.

4. Zur effektiven Absicherung des Bestellerprinzips sollte dieses durch eine Ausschließlichkeitsklausel nach dem Vorbild des § 2 Abs. 1a WoVermRG verstärkt werden.

A handwritten signature in black ink, reading "Beate Gsell". The signature is written in a cursive style with a large initial 'B' and a long, sweeping tail on the 'l'.

Prof. Dr. Beate Gsell